

## O direito adquirido de todos nós

José Raimundo Gomes da Cruz

Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

*"Nenhum benefício de natureza governamental é mais pessoal do que 'aposentadoria por velhice'*

*Nada resulta mais de contribuições do indivíduo e seu empregador do que tal benefício, substitutivo compulsório da propriedade privada. Em vez das contribuições, cada interessado poderia encaminhar as quantias respectivas para poupanças particulares*

*Nada inspira tanto a confiança como o benefício da aposentadoria por velhice, muitas vezes considerada, literalmente, como propriedade"*

(Charles A. Reich. "The new property". In "The Yale Law Journal" [1964] v. 73, págs. 768/769)

*"Não há saída para o Brasil sem a quebra dos 'direitos adquiridos'.*

*Essa expressão é mais uma daquelas, tão comuns no pomposo vocabulário do Brasil formal, inventadas para intimidar os humildes, dando ares de Direito ao que é simples maracutaia..."*

(Editorial "O ferrão do parasita". In "Jornal da Tarde", 24.5.1999, pág. 1A)

1. Sob o aspecto da origem histórica, o direito adquirido não constitui improvisação recente para acobertar privilégios. O mais dedicado doutrinador a estudar o tema, entre nós, é o Prof. Rubens Limongi França, em tese de concurso intitulada "Direito Intertemporal Brasileiro" (2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968), depois condensada como "A irretroatividade das leis e o direito adquirido" (3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982).

Ele divide a evolução cronológica do tema em duas fases: a fase pré-científica e a científica

A primeira inclui manifestações embrionárias captadas nos mais antigos documentos do direito mesopotâmico, egípcio, indiano etc. Mas a idéia amadurece no Direito Romano, principalmente na época teodosiana, com as duas regras famosas, a primeira delas de Teodósio I: "Todas as normas não fazem calúnia aos fatos passados, mas regulam apenas os futuros" – *omnia constituta non praeteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponant* (R. L. França, "A irretroatividade", cit., pág. 21). A segunda regra,

de Teodósio II, é a seguinte: *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore, et ad huc, pendentibus negotiis cautum sit*... “É norma assentada (*certum est*) a de que as leis e constituições dão forma aos negócios futuros (*futuris negotiis*) e de que não atingem os fatos passados (*facta praeterita*), a não ser que tenham feito referência expressa (*nominatim cautum sit*), quer ao passado (*praeterito tempore*), quer aos negócios pendentes (*pendentibus negotiis*).” (França, “A irretroatividade”, cit., págs. 21/22).

Toda a evolução ulterior, também no Direito Intermédio e no Direito Canônico, exhibe indícios evidentes da formação do princípio da irretroatividade das leis, em favor do direito adquirido.

A legislação prossegue, com o artigo 14 da Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão, que precede à Constituição de 5 fructidor do ano III (22.8.1795): “Nenhuma lei, penal ou civil, pode ter efeito retroativo” – *Aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d'effet rétroactif* (“*Les constitutions de la France depuis 1789*”. Paris: Garnier Flammarion, 1995, pág. 102).

Também a Constituição dos Estados Unidos, em seu texto original, traz norma semelhante, em seu artigo I, seção 9, § 3º: “Nenhum *bill of attainder* ou lei retroativa será aprovado” – *No bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed*. A seção 10, além de tal proibição aos diversos Estados, acrescentou a de editar “lei que prejudique a obrigação dos contratos” – *Law impairing the Obligation of Contracts*. Sabe-se que o chamado *Bill of Rights* só seria aprovado através das primeiras dez emendas à Constituição, o que significa que o texto original desta já cuidava de proibir a lei retroativa (cf., por todos, Harold J. Spaeth e Edward Conrad Smith. “*The Constitution of the United States*”. 13ª ed. New York: Harper Collins, 1991, págs. 12 e 169; sobre a proibição da famigerada justiça legislativa do passado, ou o *bill of attainder*, cf. nosso livro “O controle jurisdicional do processo disciplinar”. São Paulo: Malheiros, 1996, nº 19, págs. 94/103).

2 A fase científica da irretroatividade das leis e do direito adquirido corresponde ao período contemporâneo, mais exatamente a partir do século passado. Nomes de prestígio, na Alemanha (Savigny), Itália (Gabba) e França (Roubier), para só citar o mais ilustre de cada país, embora de épocas diferentes, pesquisaram o tema com perseverança e eficiência, notabilizando-se pelo rigor doutrinário das suas propostas. Deve-se a Gabba a definição clássica de direito adquirido: “*È acquisito ogni diritto, che a) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l'occasione di farlo valere non*

*siasi presentata prima dell'attuazione di una legge nuova intorno al medesimo, e che b) a termini della legge sotto l'impero della quale accade il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato.*” (“*Teoria della retroattività delle leggi*”, 3ª ed. Turim: Unione Tipografico-Editrice, 1891, v. 1, pág. 191; cf. também nosso artigo sob o título “Aspectos intertemporais dos recursos extraordinário e especial”. In “Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, págs. 203 e segs. especialmente págs. 211 e segs.). Note-se que, quando a noção de direito adquirido sofre impugnação, tal não decorre do princípio, mas das dificuldades que ele envolve no plano teórico. Assim, Roubier, em lugar de direito adquirido, propõe a expressão *situation juridique*, mais ampla e superior, segundo ele, “por não ter caráter subjetivo e pelo fato de aplicar-se a situações como aquelas do menor, do interdito, do pródigo... superior até à da relação jurídica (*Rechtsverhältnis*).” (“*Le droit transitoire [conflits des lois dans le temps]*”. 2ª ed. Paris: Dalloz e Sirey, 1960, pág. 181; cf., também, Cruz, “Aspectos intertemporais”, cit., pág. 212 e nota 18).

Ainda quando a legislação de alguns países só tenha adotado o princípio da irretroatividade das leis em matéria penal, temos amostragem de que o tema, por seus aspectos históricos e comparativos apresenta o maior relevo. Tais aspectos, ante a natureza da ciência do Direito, adquirem importância fundamental, em face da impossibilidade da experimentação em laboratório. Já se destacou que a perspectiva histórica alarga a nossa visão no tempo, como a comparatista alarga no espaço, de modo a evitar os extremos da exclusiva abstração filosófica, de um lado, e do provincianismo que só contemple o direito positivo, do outro lado (Ascarelli).

A classificação prévia dos sistemas jurídicos contemporâneos proposta por René David continua aceita: 1) a “família” romano-germânica e seus “descendentes”; 2) a “família” do *common law* com seus derivados; 3) a “família” socialista, embora sofrendo tantas transformações, a partir de 1989; 4) sistemas ainda não classificáveis, por predominância de fatores alheios ao Direito.

A legislação russa, antes das mencionadas transformações, ignorava “totalmente a noção de direito adquirido” (França, “A irretroatividade”, cit., pág. 274).

As duas “famílias” mais antigas e de maior influência em todo o mundo acolhem a irretroatividade das leis e o direito adquirido.

3 Isso já vale para o Brasil, bastando, nos limites deste breve comentário, destacar que, em época mais recente, os períodos autoritários se

destacaram pelo repúdio ao direito adquirido: “No plano constitucional, a Carta de 10 de novembro interrompe a tradição mais que secular do caráter fundamental do princípio da irretroatividade das leis” (França, ob. cit., pág. 279, referindo-se à Constituição de 1937).

Sem a garantia do direito adquirido, torna-se fácil imaginar a vulnerabilidade da propriedade de quem faça oposição, já que as garantias de vitaliciedade, estabilidade do servidor público, mandato etc. desaparecem desde logo.

4. Reich, lembrado na primeira epígrafe, fala de uma nova propriedade. Depois da Segunda Guerra Mundial, ainda havia, nos Estados Unidos, certa impressão de que cargos públicos, aposentadorias e pensões fossem dádivas do Estado norte-americano, do seu governo. Ele demonstrou como, antes de tal benefício, praticamente todos os outros bens objeto do autêntico direito de propriedade constituíam concessão ou outorga do governo.

Acontece que a garantia do devido processo legal – *due process of law* – trazida como parte do *Bill of Rights* pela V Emenda à Constituição dos Estados Unidos, integra o seguinte enunciado: “Ninguém ficará sujeito a responder por crime capital ou infamante, a menos que através de indicição e acusação de um *Grand Jury*, exceto nos casos das forças armadas de terra e navais, quando em efetivo serviço em tempo de guerra ou de perigo público; nem estará sujeito pela mesma violação da lei a ser posto duas vezes em perigo de vida ou de ofensa à sua integridade física; nem será compelido, em qualquer processo penal a testemunhar contra si próprio, nem ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o *due process of law*, nem será tomada, a propriedade privada, para uso público, sem a justa indenização”. Sobre o texto final, Alfred C. Aman Jr. e William T. Mayton afirmam: “As cláusulas do *due process* da quinta e da décima quarta emendas asseguram que nem o governo federal, nem o governo de qualquer Estado privará alguém da ‘vida, liberdade ou propriedade, sem o *due process of law*’” (“*Administrative law*”, St. Paul, Minn., 1993, pág. 147; cf., também, Cruz, “O controle jurisdicional”, cit., págs. 127 e segs.). A dádiva, de que falamos, correspondia à doutrina do privilégio, “grosseiramente definida por Holmes: ‘O requerente pode ter o direito constitucional de manifestar-se sobre política, mas não tem o direito constitucional de ser um policial’ (Aman Jr. e Mayton, ob. cit., pág. 157) Quer dizer, há liberdade de livre manifestação de sua opinião política, mas não existiria direito constitucional ao cargo público, à aposentadoria ou à pensão. Felizmente, acabou caindo tal “*privilege doctrine*” através da titularidade de direitos atribuídos por lei e da nova propriedade, com a contribuição doutrinária de juristas como Reich (Aman Jr. e Mayton, ob. cit., págs. 158 e segs.).

Resumimos tal evolução em nosso livro: “Propriedade (“*property*”) inclui direitos modernos da maior importância e da maior variedade. A palavra reveladora de diversas situações contempladas em tal conceito é titular ou titularidade de benefício (“*entitlement*”), expressão que cria certa expectativa de que o benefício não será arbitrariamente excluído. Note-se que o “*due process*” só se aplica quando alguém já está no gozo do benefício, não quando se candidata à sua obtenção. E aqui entra caso, relativamente recente, do maior interesse para o presente estudo: *Board of Regents v. Roth* (1972). A corte manteve a dispensa de professor estadual, contratado pelo prazo de um ano, sem justa causa e sem direito a audiência (“*hearing*”). Negando a existência do ‘*property interest*’, o Justice Stewart salientou que é ‘a natureza do direito em questão, não seu peso, que é decisivo’. Direitos de propriedade, explicou ele, ‘são criados e suas dimensões definidas pelas regras existentes ou entendimento derivado de fonte independente, tal como regras legais de certo Estado ou compreensão que asseguram certos benefícios e garantem reclamações sobre a titularidade de tais benefícios’. No caso *Roth*, não existia cláusula contratual obrigando à renovação do emprego dele como professor, não havia lei estadual nem norma ou programa da Universidade garantindo ‘seu direito à renovação do emprego’ ou criando ‘qualquer reclamação legítima’. No entanto, a mesma Corte Suprema descobriu a mencionada ‘titularidade’ em caso parecido, através do Guia da Faculdade do ensino oficial que podia ser interpretado, razoavelmente, para ‘criar sistema de estabilidade de fato’: *Perry v. Sindermann* (1972). O mesmo Justice Stewart afirmou que o direito de propriedade pode resultar de ‘entendimentos mutuamente explícitos’, capazes de fundamentar a demanda por titularidade. Assim, o professor que tinha sido empregado durante doze anos em série de contratos de um ano podia tentar provar que o colégio, por não dispor de sistema formal de estabilidade, tinha na prática criado um ‘não escrito *common law*’, que era equivalente da estabilidade (“*tenure*”)” (Cruz, “O controle jurisdicional”, cit., págs. 135/136).

O cargo, a aposentadoria, a pensão, portanto, passaram a constituir a nova propriedade, gozando da proteção do *due process of law*, ainda que após longas controvérsias, de que damos informação em nosso livro. Quando se fala em projeto de emenda constitucional para a investidura de Ministros do nosso Supremo Tribunal por prazo de oito anos, ou outro semelhante, convém lembrar que existe vitaliciedade, nos Estados Unidos, até para a carreira de juizes administrativos, paralela à dos funcionários executivos, conforme a seguinte conclusão: “O direito norte-americano ainda se mostra mais exigente em tal controle jurisdicional, pois a observância da estrita imparcialidade levou o legislador a criar



os cargos de juízes administrativos, que deverão observar a garantia do *'due process of law'*; a decisão final, a cargo da autoridade disciplinar, também fica, em larga extensão, sujeita ao controle do Poder Judiciário." (Cruz, "O controle jurisdicional", cit., pág. 381; os pormenores sobre a estabilidade, independência e imparcialidade dos juízes administrativos encontram-se nas págs. 121 e segs., especialmente, com apoio em Ernest Gellhorn e Ronald M. Levin: "Aspecto fundamental consiste em que eles não exerçam funções incoerentes com as suas 'funções judiciais'. Enfim, eles gozam de estabilidade, uma vez que só podem ser demitidos ou submetidos a sanção disciplinar por justa causa". (*Administrative Law and Process*" e 3ª ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1992, pág. 274)

5. Concentrando, de novo, nossa atenção sobre o direito adquirido, bastaria outra circunstância para demonstrar a sua importância para que as pessoas planejem sua atividade e sua vida, para que os empresários dirijam seus investimentos nesta ou naquela direção, para que ninguém seja, de repente, às vezes quando já não possa mudar o rumo da sua existência, colhido de surpresa naquilo que o povo conhece como mudar a regra do jogo, quando este já começou. Certas profissões, como a de jornalista, não eram regulamentadas e a exigência de diploma universitário só pôde passar a ser feita aos novos candidatos ao ingresso no ofício. Os antigos jornalistas só conseguiram manter-se no exercício das suas atividades, graças ao velho direito adquirido.

Certa característica do Direito dos Estados Unidos reside no inflexível apego a certos valores tidos como indiscutíveis. A publicidade, por exemplo, constitui princípio de magna importância no processo. Daí a discussão aberta, com a exposição até de menores, por ventura acusados de infração, como aquele menino de seis anos submetido a investigação sobre assédio sexual, pelo beijo que teria dado na sua coleguinha. Da mesma forma, como demonstramos em outro estudo, eles não conhecem a retroatividade da lei penal mais benigna, como acontece em nosso Direito, pois o princípio a que se apegam é apenas ao da irretroatividade das leis (cf. nosso artigo sob o título "Individualização da pena e garantias do acusado" In "Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988" São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, págs. 327 e segs.) Portanto, ao respeito ao direito adquirido.

6. De resto, este se acha em boa companhia no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição de 1988: "A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". R.L. França chega a afirmar que bastaria a previsão daquele para estes ficarem subentendidos. O legislador constituinte sabe que convém discriminar. Convém que no capítulo dos direitos e garantias fundamentais fique claro que pouco adiantaria

enunciar a liberdade de imprensa, o direito de livre exercício de qualquer atividade profissional ou empresarial, em qualquer setor de atividade, sem a garantia da estabilidade das relações jurídicas, do respeito aos contratos, da propriedade. Sem o direito adquirido, a própria ordem, pressuposto indispensável de todo ordenamento jurídico, ficaria comprometida. Não se trata, portanto, de algo artificial, mas de conquista histórica e de todos os povos civilizados a ser tratada como merece.

### O ferrão do parasita<sup>(\*)</sup>

"Não há saída para a questão previdenciária sem a quebra dos direitos adquiridos", avisou, na semana passada, o ex-ministro da Fazenda Mailson da Nóbrega.

Foi brando demais.

Não há saída para o Brasil sem a quebra dos "direitos adquiridos".

Essa expressão é mais uma daquelas, tão comuns no pomposo vocabulário do Brasil formal, inventadas para intimidar os humildes, dando ares de Direito que é simples maracutaia; para revestir de um falso verniz jurídico aquilo que não passa de um golpe dado com nossas leis minúsculas contra o espírito de tudo que a Lei (com maiúscula) representa.

A Lei foi inventada exatamente para demolir o privilégio. Antes de ela existir, chamava-se de "direito divino" aquilo que hoje se chama "direito adquirido". Além do mesmo tipo de ironia sibilina – pois a expressão negava o que todas as religiões afirmam, ou seja, que todos somos iguais porque somos igualmente filhos de Deus –, o "direito divino" afirmava a mesma coisa que afirma o "direito adquirido", isto é, que o privilégio um dia conquistado pela força era intocável e transmissível pelo sangue aos herdeiros do primeiro bruto. A Justiça brasileira é, talvez, a única do mundo civilizado que se permite continuar negando aquilo que a primeira Carta Magna afirmou, ou seja, que não há "direito divino" nenhum, e que todos são iguais perante a Lei. Para a Justiça brasileira, a única prova necessária para se manter, indefinidamente, um "direito" arrancado aos demais pela força é tê-lo obtido, um dia, independentemente de esse "direito" ser a exata negação do Direito sem aspas e com maiúscula, que se baseia na igualdade de todos perante a Lei.

Não faz nenhuma diferença se esse direito foi conquistado por mercenários com armas na mão, como foi o caso daqueles que a primeira Carta Magna renegou, ou por mercenários com canetas à mão, como é o

(\*) In "Jornal da Tarde", de 24.5.1999

caso dos direitos especiais dados a pessoas ou corporações que, por um motivo ou por outro, tiveram e agarraram, em algum momento de nossa história, a oportunidade de manipular congressistas venais. Nem interessa saber se esse tipo de “direito” é legal, como foi o “direito divino” na era feudal e como ainda é hoje, perante nossa Justiça, o “direito adquirido”, seja qual tenha sido o tipo de expediente pelo qual ele foi “adquirido”. O que é importante é estabelecer se ele é legítimo, o que é coisa muito diferente.

Quem deu a quem os tem “direitos adquiridos” no Brasil?

O regime militar derrubado, em alguns casos. Políticos tentando subornar categorias em vésperas de eleições, na maioria dos outros. Usurpadores legislando em causa própria, nos casos restantes.

Mas nossos tribunais não questionam nada disso. “Quem colocou, colocou”, é a única máxima que os orienta. “E continuará colocando, apenas pelo fato de ter colocado, um dia”, é a sentença automática que expedem. É o único caso em que a Justiça brasileira aceita, integralmente, o critério do precedente, que recusa liminarmente quando se propõe o bom uso dele. Aquilo que fulano, ou a categoria dos fulanos, conseguiu agarrar, seja por que método tenha sido, é dele para sempre, apenas por ter havido o precedente do privilégio ter sido agarrado uma vez.

É “limão galego, ralou, tá pego”. Brincadeira de criança!

A tradução prática disso é que os erros todos que acumulamos no passado são intocáveis. Incorrigíveis. Nosso imenso passivo de abusos é irremovível. Quem não for trouxa que trate de abusar assim que lhe derem chance ou de cavar o seu abuso porque, se vier a conseguir, ele se tornará sua propriedade, intocável para sempre.

É essa a mensagem. E ainda perguntamos por que a nossa política não deixa de ser o “balcão de negócios” que sempre foi ...

O nó cego da Previdência, que estourou o País nestes últimos anos e nos custou o “ajuste de emergência” dos últimos meses, não pode ser desamarrado, porque é feito de “direitos adquiridos”. São 55% do bolo para “eles”, os 15% de brasileiros que “adquiriram o direito” de não pagar nada e receber 36 vezes mais do que nós, que pagamos, ficando o resto para dividir entre os 85% de aposentados que pagam suas mensalidades, mas não compram, com isso, direito nenhum.

O nó cego da educação, que tem estourado gerações e gerações de brasileiros, não pode ser desamarrado porque é feito de “direitos adquiridos”, que mandam que 85% da verba de educação vá para as universidades gratui-

tas, só acessíveis aos ricos e cujos professores se aposentam antes de começar a dar aulas, ficando o 2º grau e os professores que dão aulas com as migalhas jogadas no lixo.

O nó cego da saúde, da segurança pública, da administração pública inteira, enfim, que tem estourado as contas do País desde sempre, não pode ser desamarrado, porque ele é feito de “direitos adquiridos”, que mandam que se pague o salário ao vagabundo, ao ladrão, ao relapso, ao traidor da Pátria, todos indemissíveis, independentemente do que fizerem.

Os “direitos adquiridos” delimitam os condados, os baronatos separados do corpo da Nação; os pedaços do orçamento apropriados pelos nossos modernos “nobres”, que têm o “direito adquirido” de colher, sem ter plantado, tudo aquilo que faz falta a quem não consegue colher mesmo plantando. O “direito adquirido” é o ferrão que o parasita crava na pele do organismo nacional. Sem cortá-lo, a Nação não se desinfesta, e o Brasil novo não adquire força para nascer.